



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

La fiducia mercantil en Colombia y la ineficacia de las cláusulas abusivas en el marco del derecho del consumidor colombiano

Mónica Vásquez Corredor¹
Universidad Católica de Colombia

Resumen

El presente artículo, estudia la ineficacia que tienen las denominadas cláusulas abusivas, en el contrato de fiducia mercantil, a la luz de la protección normativa que se establece sobre el consumidor financiero en Colombia. Su desarrollo, lleva a la comprensión de la manera cómo se celebra el negocio fiduciario en Colombia, para el caso de la fiducia mercantil, cuyas condiciones contractuales, permiten que este se configure a través de contratos de adhesión. Estos contratos de adhesión que, no son ilegales, por su estructura pueden llevar a que sean incluidas en su condicionado contractual, cláusulas abusivas, siendo allí donde resulta pertinente evaluar su ineficacia. La parte final del documento permite reconocer que aunque el Estado ha avanzado normativamente para evitar que se presenten cláusulas abusivas no solo en el contrato de fiducia, sino en todo tipo de contrato legal, estas se pueden llegar a presentar al tener en cuenta que estos contratos por lo general, se celebran en el marco de una relación asimétrica entre las partes.

Palabras claves: Fiducia mercantil, fideicomitente, responsabilidad fiduciaria, derecho a la competencia, prácticas comerciales abusivas, derecho del consumidor.

Abstract

This article studies the ineffectiveness of the so-called abusive clauses in the mercantile trust contract, in light of the regulatory protection that is established on the financial consumer in Colombia. Its development leads to the understanding of how the fiduciary business is celebrated in Colombia, in the case of the mercantile trust, whose contractual conditions allow it to be configured through adhesion contracts. These adhesion contracts,

¹ Estudiante del programa de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Artículo de Reflexión presentado como requisito parcial para optar al título de abogada bajo la dirección de Manuel Prieto Salas.

which are not illegal, due to their structure, may lead to the inclusion in their contractual conditions, abusive clauses, where it is pertinent to evaluate their effectiveness. The final part of the document allows us to recognize that although the State has advanced normatively to avoid abusive clauses not only in the fiduciary contract, but in all types of legal contracts, these can be presented when taking into account that these contracts Generally, they are celebrated in the framework of an asymmetrical relationship between the parties.

Key words: Commercial trust, trustor, fiduciary responsibility, right to competition, abusive business practices, consumer law.

Sumario

Introducción. 1. Negocio fiduciario o fiducia. 1.1. Modalidades de negocios fiduciarios. 2. La fiducia mercantil en Colombia. 2.1. Tipos de esquemas fiduciarios. 2.1.1. Fiducia de administración y pagos. 2.1.2. Fiducia inmobiliaria. 2.1.3. Fiducia de garantía. 2.1.4. Fiducia de inversión. 3. Reconocimiento del derecho de los consumidores en el marco de la celebración de un contrato de fiducia mercantil. 3.1. Condiciones de reconocimiento de derechos y obligaciones del fideicomitente en los contratos de fiducia. 3.2. Ley 1328 de 2009 sobre prohibición de cláusulas abusivas. 3.3. Relación entre fiducia mercantil y los derechos del consumidor financiero aplicado a la fiducia conforme la Ley 1480 de 2011. 4. Cláusulas abusivas en el contrato de fiducia mercantil por adhesión. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Introducción

Durante las dos últimas décadas, ha proliferado en el país el uso del contrato de fiducia, como mecanismo idóneo para la celebración de una gran variedad de relaciones contractuales, en distintos ámbitos de las relaciones económicas del sector público y privado (Giraldo, 2005), siendo ello síntoma de las bondades que representa este producto financiero para la adecuada gestión de recursos en términos de celeridad y garantía de cumplimiento.

La fiducia así reconocida, representa en la actualidad un mecanismo expedito para la celebración de relaciones contractuales de carácter voluntario. Sin embargo, en medio de la agilidad transaccional que refiere su diseño, no se puede garantizar que, por su uso, no se llegue al incumplimiento de otras condiciones de los mercados, como sucede en el caso de prácticas comerciales que están prohibidas en afectación a los derechos de los consumidores que recurren a esta (Gual, 2015).

Previendo lo anterior, el actual documento revisa el régimen de derechos para los consumidores que se debe aplicar en el contrato de fiducia mercantil, con el fin de evitar que exista una afectación relevante sobre este contrato, derivada de las obligaciones precontractuales y extracontractuales de los fideicomitentes y el operador fiduciario como se estipula en el Decreto 2555 de 2010. Dicho lo anterior, el documento busca dar respuesta a la pregunta sobre: ***¿En qué situaciones las cláusulas pactadas en un contrato de fiducia mercantil, adquieren el carácter de abusivas y en consecuencia ineficaces a la luz del derecho de los consumidores en Colombia?***

El desarrollo de este objetivo se realiza, siguiendo el método doctrinal hermenéutico referido por Manuel Sánchez (2011), el cual insta al investigador a no considerar una lectura exegética de las normas en el análisis de un problema jurídico, sugiriendo en este sentido una interpretación holística del objeto de análisis, que conduzca a consideraciones más reflexivas sobre los problemas y preguntas que orientan su interés investigativo que permita el enriquecimiento sobre el conocimiento de los temas.

Aplicando las recomendaciones generadas por el método hermenéutico al objeto de estudio que se propone para el actual documento, se establece como ruta de desarrollo la revisión normativa y doctrinal sobre la cual se diseña la figura de la fiducia mercantil y otros contratos financieros, para luego entrar a analizar la relación de la figura frente al contenido de los derechos del consumidor financiero conforme al desarrollo del artículo 78 Superior², en la Ley 1328 de 2009 sobre regulación del mercado financiero y, 1480 de 2011 que da origen al actual Estatuto del Consumidor colombiano.

1. Negocio fiduciario o fiducia

Esta primera sección del documento da a conocer el concepto de fiducia mercantil, considerando su reconocimiento normativo al tenor del orden jurídico colombiano, para lo cual se hace necesario caracterizar las modalidades de esquemas fiduciarios, resaltando sus diferencias y proximidades. Esta tarea, se ve complementada con el análisis hecho por algunos autores traídos a colación, sobre lo cual se expresan sus puntos de vista respecto al tema a tratar.

De manera general, se define el negocio fiduciario como aquella figura contractual para la celebración de contratos económicos lícitos, de común acuerdo y confianza entre dos o más partes. En su diseño, participan de un lado el fiduciante o fideicomitente, y el fiduciario, dando a su vez cabida al beneficiario, que puede ser el mismo fideicomitente, de acuerdo con el modelo de negocio fiduciario que se pacte (Baena, 2013).

Su fin radica en la la transferencia de bienes, derechos económicos o contratos, incluyendo según el caso la propiedad de estos, para la administración o enajenación conforme con lo pactado entre las partes. En su diseño y ejecución, el agente fiduciario

² La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

adquiere el compromiso con el fideicomitente para gestionar estos activos, sean o no constitutivos de un patrimonio autónomo, conforme a la naturaleza del contrato, observando rectitud, responsabilidad y diligencia en el desarrollo del negocio (Aguirre, 2013).

Sobre lo planteado, se puede señalar que la celebración de un negocio fiduciario es un acuerdo de voluntades, por medio del cual se diseña un marco de responsabilidades de acuerdo con la modalidad y tipo de negocio fiduciario que se desarrolle (Rodríguez, 2007), siendo por ello relevante presentar las diferentes condiciones que son características de la fiducia, tarea sobre la cual se avanza en las siguientes dos secciones del documento.

1.1. Modalidades de negocios fiduciarios

Se puede indicar que existe un amplio panorama de situaciones transaccionales, en el marco de las cuales se puede considerar la constitución de un negocio fiduciario, no obstante, se identifica que, aparte de los tipos de negocios fiduciarios diferenciables a partir de su fin constitutivo, se reconocen a su vez tres tipos de modalidades de negocios fiduciarios, entre las cuales se encuentra la fiducia mercantil (Arias, 2007).

Una de estas tres modalidades es el encargo fiduciario, figura en la que no se presenta la transferencia de la propiedad de los bienes, siendo esta su principal característica que, en consecuencia, no conduce a la generación de un patrimonio autónomo. Por la anterior razón, esta modalidad de fiducia, a diferencia de la fiducia mercantil donde sí se da origen a un patrimonio autónomo, puede ser objeto de embargo o ser incluida dentro de una persecución patrimonial, si es el caso que proceda alguna acción ejecutiva contra el fideicomitente (González, 2012).

La otra modalidad de fiducia es la pública, en la que el origen de su capital es de carácter público, siendo por ello el fideicomitente una entidad estatal. A diferencia de la fiducia mercantil, este tipo de negocio fiduciario no genera transferencia de bienes o recursos, ni genera un patrimonio autónomo en la celebración del contrato, es decir no hay transferencia de bienes o recursos, siendo esta una figura de amplio uso en los contratos de

obra pública, o contratos estatales celebrados por el mecanismo de licitación (Matallana, 2015).

Adicionalmente se reconoce en el contexto de la celebración de contratos estatales, la fiducia con recursos del Sistema de Seguridad Social y otros relacionados que, a diferencia de lo ya mencionado sobre la fiducia pública, puede o no tener transferencia de propiedad de los bienes o recursos sobre los cuales se constituye la fiducia (Melo y Ramos, 2010). Se puede señalar que esta es un tipo de fiducia *sui generis* entre la fiducia pública y la fiducia mercantil, siendo más, por su marco transaccional, mercantil que pública.

Al margen de esta diferencia, se debe señalar que, el uso de la figura de la fiducia en el manejo de recursos públicos ha venido en crecimiento, al considerar que es idóneo para mitigar la corrupción y el desfaldo en el manejo de los recursos públicos (Vallejo, 2016). Lo anterior, evidencia la pertinencia y relevancia que ha tomado el negocio fiduciario, como mecanismo idóneo para la celebración de acuerdos contractuales tanto en el sector privado como en el sector público.

Se puede en tanto considerar un amplio escenario de uso del negocio fiduciario en distintas operaciones económicas, siendo ello resultado de los beneficios que se reconoce en términos generales, al negocio fiduciario (González, 2014). Siendo el interés puntual del presente documento la fiducia mercantil, a continuación, se avanza en su caracterización y naturaleza, para dar cuenta de su alcance en la celebración de negocios en el mundo contemporáneo, y los retos de mejora, en atención a un tema evacuado en la última parte del documento, como lo es los derechos de los consumidores fiduciarios.

2. La fiducia mercantil en Colombia

Con lo presentado respecto el negocio fiduciario en general, se puede pasar a identificar los tipos de esquemas fiduciarios que, como se expondrá, presenta diferencias en lo que corresponde al activo incluido en el contrato de fiducia. Al respecto, se reitera que la

fiducia mercantil en Colombia es un contrato principal con todo el alcance de un contrato desde su lectura en el derecho privado (Monje, 2015).

Así las cosas, la fiducia se concreta para la transferencia y administración de bienes, derechos económicos y/o contratos, constituyendo un patrimonio autónomo, gozando de independencia para su existencia de otro contrato (Rengifo, 2006), siendo sus características, definidas en atención a lo dispuesto en el Decreto 410 de 1971 o Código de Comercio colombiano en sus artículos 1226 a 1244. Al respecto, el artículo 1226 se encarga de definir la fiducia mercantil, señalando sobre esta lo siguiente:

Concepto de la fiducia mercantil. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria³, podrán tener la calidad de fiduciarios.

La manera como se concreta la transferencia depende del tipo de fiducia a celebrar, conforme al acuerdo logrado entre el fideicomitente y el fiduciario, considerando el fin del patrimonio autónomo definido o activos fideicomitados que son enajenados al fideicomitente, para usufructo propio o de un tercero. Sobre este patrimonio autónomo, el artículo 1233 del Código de Comercio señala;

Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitados deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.

En este orden de ideas, se reconoce de fundamental atención que, en la celebración de un contrato de fiducia, la finalidad que se establece sobre patrimonio autónomo resulta siendo el objeto que da origen a la constitución de este tipo de contrato. No se debe pasar por alto que este es un acuerdo voluntario entre las partes, el cual para todo efecto legal

³ En la actualidad Superintendencia Financiera de Colombia.

debe ser solemne, no obstante, cuando los bienes fideicomitidos son muebles no requieren la solemnidad de escritura pública, (Decreto 2555 de 2010, artículo 2.5.1.1.1⁴).

De otra parte y, como lo indica la norma referida, el fideicomitente puede ser una persona natural o jurídica, diferente a lo que sucede con el fiduciario quien necesariamente debe ser una persona jurídica inscrita y ligado a ello vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, a título de sociedad fiduciaria. Ya en lo que corresponde a las características propias de un esquema fiduciario mercantil, se debe considerar su contenido y fin, siendo estos aspectos sobre los cuales se entra a revisar a continuación.

2.1. Tipos de esquemas fiduciarios

Conforme al tipo de bien, derecho económico o contrato que se encuentre inmerso en el negocio fiduciario, se puede establecer la modalidad de este. Por tal razón se debe reconocer que, el esquema fiduciario, ha puesto atención a sus múltiples alcances, para definir los contenidos del contrato sobre el cual se celebra la operación (Rodríguez, 2007a), como sucede en los casos específicos revisados a continuación, donde se denotan estas particularidades.

2.1.1. Fiducia de administración y pagos

En el negocio de fiducia de administración, la transferencia de bienes, derechos económicos y/o contratos, se produce con el fin de que el fiduciario haga la administración de estos. A través de este tipo de fiducia, se puede dar la instrucción para que el encargo fiduciario genere el pago de unas sumas determinadas en el contrato, bajo el cumplimiento de los requisitos que allí se definen para tal efecto.

⁴ **Artículo 2.5.1.1.1 Solemnidad.** Los contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles.

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 35 de 1993, si la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se halla sujeta a registro, el documento privado en que conste el contrato deberá registrarse en los términos y condiciones señalados en el precepto citado

Este es un tipo de producto de común uso en la administración de patrimonios familiares, empresariales, o para la celebración de contratos estatales, siendo sus modalidades las de: administración y pagos, administración de titularizaciones, administración de cartera y administración de procesos concursales⁵. Por su alcance, es el tipo de fiducia más usada entre los tipos de fiducia existentes.

2.1.2. Fiducia inmobiliaria

En términos de mayor uso, luego de la fiducia de administración y pagos se encuentra la fiducia inmobiliaria. Como se infiere de su nombre, este es un tipo de fiducia usada por lo actores partícipes del sector inmobiliario, con el fin de adelantar negocios para el desarrollo de proyectos inmobiliarios, vinculando a través de esta, a inversionistas o compradores que, a través de la fiducia encuentran un respaldo de garantía sobre los recursos depositados en proyectos de inversión inmobiliaria.

Este es un tipo de fiducia, que se presenta bajo tres tipologías, la primera en preventa: cuando los interesados en un proyecto inmobiliario entregan a la fiducia los recursos con el fin de que esta a su vez los entregue al ejecutor del proyecto sobre la base del cumplimiento de unas condiciones. La segunda, corresponde a la de tesorería: cuando se encarga a la fiduciaria de administrar los recursos del proyecto inmobiliario, y una tercera modalidad, de administración y pagos, en la que se encarga a la sociedad fiduciaria de administrar y hacer pagos a quienes desarrollan el proyecto, sobre la base de la transferencia a la entidad fiduciaria de la propiedad del bien inmueble (Arcila y Arias, 2013).

⁵ Ley 1116 de 2006, artículo 2. *Ámbito de aplicación*. [Reglamentado por el Decreto Nacional 1038 de 2009](#). Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos de admisión de dichos patrimonios autónomos al trámite de insolvencia a que se refiere la presente ley.

2.1.3. Fiducia de garantía

En la constitución de este tipo de fiducia, el fideicomitente transfiere de manera irrevocable un activo que se convierte en título de fiducia mercantil, a partir de la creación de lo que se denomina fideicomiso en garantía. Su objeto, es amparar las obligaciones generadas sobre uno o más acreedores, con el fin de garantizar el cumplimiento de obligaciones acordadas entre estos, el fideicomitente y terceros (Rincón, Mendoza, Cangrejo, Gaitán, Sánchez, Varón y Manrique, 2005).

Conforme a las reglas pactadas en el contrato, los acreedores o beneficiarios pueden, en el momento que se llegaren a presentar presupuestos de incumplimiento, solicitar a la entidad fiduciaria liquidar el contrato fiduciario, para así ver correspondida la obligación generada por el fideicomitente. La fiduciaria, se convierte en la garante de cumplimiento de los derechos y responsabilidades de las partes involucradas en el contrato, en protección de los bienes fideicomitados (Rincón, et al, 2005).

2.1.4. Fiducia de inversión

La fiducia de inversión, también conocida como fideicomisos de inversión, son aquellas operaciones de inversión que contrata un fideicomitente con una sociedad fiduciaria. Por medio de esta, se pueden generar inversiones directas o, entregar un capital a la sociedad fiduciaria, para que esta invierta o coloque el total o parte de este, en cualquier título, conforme a lo pactado en las instrucciones del contrato que da origen a esta fiducia (Aguirre, 2013).

Se distinguen dentro de esta modalidad de fiducia dos formas contractuales: una, que son los fideicomisos de inversión los cuales tienen una destinación específica acordada con el fideicomitente y, la otra, que se deriva de la administración de inversiones en fondos mutuos de inversión, seleccionados a discreción de la sociedad fiduciaria o, acordadas según los niveles de riesgo a los que quiera exponer la inversión el fideicomitente (Aguirre, 2013).

Como se señala en párrafos anteriores y, conforme a las condiciones de negociación requeridas por el fideicomitente, las sociedades fiduciarias pueden ofrecer un portafolio de servicios en fiducia mercantil, adaptables a distintas opciones de negocio (Salcedo, 2014). Esta, que en principio se reconoce como una situación beneficiosa para el usuario de la fiducia, se podría ver afectada por condiciones que, irían en detrimento de los beneficios de este medio transaccional, si por ejemplo en estos contratos existieran cláusulas que puedan ser denominadas abusivas.

Se hace mención a la inclusión de cláusulas abusivas en la medida que se identifica que, en el marco operacional de esta multiplicidad de negocios fiduciarios, las sociedades fiduciarias han optado por tener formatos de precontratos, o contratos de condiciones generales, a los que los fideicomitentes se adhieren, siendo por lo mismo valiosa la revisión, respecto a si en estos contratos se están protegiendo los derechos de los fideicomitentes, al ser a su vez usuarios de un servicio y por lo tanto consumidores financieros.

En lo puntual, se quiere revisar el respaldo que tienen los derechos y obligaciones del fideicomitente, en calidad de consumidor financiero o consumidor en general, al cual se le debe reconocer el derecho del consumo (Flórez, 2017), conforme a lo dispuesto en normas como la Ley 1328 de 2009 sobre regulación del mercado financiero y, 1480 de 2011 que da origen al actual Estatuto del Consumidor, en situación que se entra a desarrollar en la siguiente sección del documento, al amparo de la normatividad mencionada, y jurisprudencia que la desarrolla.

3. Reconocimiento del derecho de los consumidores en el marco de la celebración de un contrato de fiducia mercantil

Ya se ha generado un panorama que clarifica la naturaleza y fin del contrato de fiducia, y su contenido cuando esta es fiducia mercantil. Ahora, en atención al problema de investigación propuesto para el actual documento, se requiere analizar este contenido y alcance, a la luz del reconocimiento normativo de los derechos de los consumidores

colombianos, cuya dimensión supone la inclusión de los derechos del consumidor financiero, como sigue a continuación.

Como se ha expuesto, la figura de la fiducia mercantil encuentra en su uso una variada cantidad de modalidades de celebración, que vienen determinadas de acuerdo con la aplicación mercantil sobre la base de los escenarios en la que esta sea usada. Esto conduce a una complejidad de la figura, para la cual es necesario tener en cuenta un completo esquema jurídico de aplicación, como sucede en el caso de la fiducia mercantil.

La fiducia mercantil, desarrollada en las leyes comerciales como lo es el Código de Comercio Colombiano, crea un amplio cuadro de comprensión contractual, pero que a su vez puede llegar a generar vacíos normativos.

Dicha complejidad, se hace evidente en documentos como el de Juan Pablo Barrios (2014), quien en atención a la normatividad que desarrolla la fiducia mercantil, reconoce las condiciones de conflicto que pueden surgir entre: un compendio normativo de las sociedades fiduciarias y la aplicación de la figura de la fiducia mercantil, y de otra parte las condiciones del mercado para evitar prácticas irregulares en la aplicación del derecho y afectación del consumidor.

Al respecto se evidencia que, en el manejo de recursos en las relaciones contractuales entre fideicomitentes y sociedades fiduciarias y, dadas las necesidades de la celebración contractual que se requiera, pueden existir condiciones que lleven a la vulneración del derecho de la libre competencia, por la propensión a prácticas económicas desleales, tema sobre el cual no se profundiza al ser ajeno al que se estudia en el actual documento, pero es conviene mencionar para dimensionar la complejidad del negocio fiduciario. De igual manera, como indica David Pinzón (2015), a su vez puede existir la vulneración de los derechos de los usuarios de estos servicios en calidad de fideicomitentes, que son a la final consumidores financieros.

En razón de lo anterior, y para conocer la manera cómo se relaciona el negocio fiduciario mercantil con el derecho de la libre competencia y en especial el derecho de los consumidores, a continuación se avanza en el reconocimiento y análisis de las situaciones

sobre las cuales puede haber vulneración de los derechos del consumidor, y desconocimiento de las obligaciones del fiduciario frente a este consumidor, en detrimento no solo de las normas que lo protegen, sino también de lo consignado en el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia.

3.1. Condiciones de reconocimiento de derechos y obligaciones del fideicomitente en los contratos de fiducia

Conforme a lo contenido en el Código de Comercio, en el artículo 1234, al igual que lo dispuesto en la Circular Básica Jurídica, también identificada como Circular Externa 007 de 1996, luego compilada en la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en su Parte II, Título 2, capítulo primero, numeral 2, sub-numeral 2.2.1, todo contrato de fiducia debe reconocer los principios-derechos de: información, lealtad y buena fe, protección y defensa, diligencia, profesionalidad y especialidad, previsión y, asesoría⁶.

Sostiene la doctrina que, en el marco de la celebración de contratos de fiducia, los contratos tienden a ser celebrados a la medida del negocio fiduciario; sin embargo, y como lo aclara Mónica Moreno (2014), se identifica que esta situación solo se presenta para una parte de los contratos, toda vez que, existen negocios fiduciarios los cuales se celebran por un contrato de adhesión, elaborado de manera unilateral por la sociedad fiduciaria o, a

⁶ A su vez contenidos en el Decreto 2555 de 2010 así: artículo 2.5.2.1.1. Derechos y deberes del fiduciario. 27/9/2017 Decreto 2555 de 2010 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia. El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo. En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia. Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.

través de un contrato de prestación masiva, donde el diseño del negocio fiduciario corresponde a un modelo de contrato diseñado por la sociedad fiduciaria:

Los contratos de fiducia han sido considerados por la doctrina como trajes hechos a la medida, dada la amplitud con que pueden definirse sus términos, en virtud de la forma ilimitada, en que pueden combinarse bienes y finalidades legítimas. No obstante, la prestación en masa de servicios ha impuesto al sector financiero, la necesidad de ofrecer modelos contractuales y el sector fiduciario no es la excepción. Más aun teniendo en cuenta que, en Colombia sólo pueden asumir calidad de fiduciarios las personas jurídicas que contemplen tal actividad en su objeto social: las asociaciones fiduciarias (Moreno, 2014, p. 333).

En cualquiera de los casos mencionados, a saber, un contrato de adhesión, elaborado de manera unilateral por la sociedad fiduciaria o, a través de un contrato de prestación masiva, se debe señalar que, conforme a la Circular Externa 015 de 2010 de la Superintendencia Financiera, estos contratos deben ser aprobados por esta entidad, y publicados en las páginas web de las sociedades fiduciarias, con el propósito de evitar por parte de estas el uso de cláusulas abusivas. Adicionalmente, y en aras de dar cumplimiento a unas de las obligaciones más importantes por parte de la sociedad fiduciaria debe informar a los consumidores sobre el servicio que ejecutara respecto de los negocios fiduciarios (Moreno, 2014).

Avanzando en el documento, resulta de gran interés la extensión de condicionamientos de derecho estipulados en el contrato de fiducia que reconoce, unos derechos de los consumidores fiduciarios, equiparables a los derechos de los consumidores según lo dispuesto en la Ley 1328 de 2009, reguladora del sistema financiero y, la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, siendo los alcances de estas normas, en la celebración del contrato de fiducia mercantil, sobre los cuales se estudia en la siguiente sección del documento.

3.2. Ley 1328 de 2009 sobre prohibición de cláusulas abusivas

La Ley 1328 de 2009, reglamentada por el Decreto Nacional 2241 de 2010, es la norma por medio de la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado

de valores y otras disposiciones, estableciendo en su contenido el actual régimen de protección al consumidor financiero, del cual hacen parte las sociedades fiduciarias. El Título V de la norma en comento, establece lo que denomina cláusulas y prácticas abusivas, prohibiendo de manera expresa el uso de estas en toda operación del sistema financiero. Al respecto, esta norma señala en su artículo 11:

Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
- b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.
- c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.
- d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.
- e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

La Ley 1328 de 2009, en términos generales delimitó los derechos y obligaciones del consumidor financiero, siendo fundamental esta sección de la norma por medio de la cual se genera una enumeración inicial y bastante importante de situaciones que dan origen a lo que se denomina cláusulas abusivas y que más adelante son ampliadas en la Circular Externa 018 de 2016, Parte I, Título III, capítulo primero, numeral 6, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia; queriendo dar un ejemplo se trae a colación una de las allí mencionadas y es la cláusula 6.1.3 de la mencionada circular: *6.1.3. las que incluyan espacios en blanco y para su diligenciamiento no haya instrucciones claras en la carta de instrucciones*”, este tipo de estipulaciones se presentaban frecuentemente antes de

esta regulación, pues al momento de diligenciar documentos con espacios en blanco, no era claro a pesar de la carta de instrucciones y era allí donde se veía afectado el consumidor.

Lo anterior con la necesidad de poner coto a las prácticas abusivas que se podían dar por parte de las entidades financieras, el legislador no solo consideró el desarrollo textual de estas situaciones, sino que a su vez puso en responsabilidad de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de su vigilancia y control la tarea de definir otras condiciones que lleven a identificar prácticas abusivas en los negocios financieros.

Para efectos de lo que en adelante se desarrolla, es de gran importancia resaltar esta responsabilidad que se genera en la Superintendencia Financiera de Colombia, para definir, aparte de las que ya expresamente se señalan, las situaciones que se pueden reconocer abusivas en el contrato financiero. Así las cosas, resulta fundamental mencionar las circulares emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, como es el caso de la Circular 039 de septiembre 6 de 2011, “mediante la cual se adicionó el numeral 10 “Cláusulas y prácticas abusivas” al Capítulo Sexto del Título I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996)”.

Esta Circular Externa 039 de 2011 de la Superintendencia Financiera de Colombia, luego reemplazada por la Circular Externa 018 de 2016 de la misma entidad, permite ampliar la comprensión de lo que se define como cláusula abusiva, al considerar escenarios en los cuales el consumidor financiero requiere de actos de reclamación o notificación sobre el patrimonio manejado en la relación contractual, siendo este un aspecto estudiado en la parte final del documento.

3.3. Relaciones entre fiducia mercantil y los derechos del consumidor financiero aplicado a la fiducia, Ley 1480 de 2011

La situación analítica que se considera para la realización del actual documento se establece conforme al reconocimiento de unos derechos respecto al consumidor fiduciario, sobre la base de disposiciones normativas que deben incluir la Ley 1480 de 2011 o, Estatuto del Consumidor. Esto, en atención a que las condiciones transaccionales sobre las

cuales se proyecta la celebración del contrato de fiducia corresponden a una situación donde el fideicomitente es finalmente consumidor de una entidad del sistema financiero.

En este orden de ideas, una de las críticas o quejas recurrentes que se presenta para una multiplicidad de servicios financieros, obedece a la posición de dominio que asumen en ocasiones las entidades financieras para imponer cláusulas abusivas en los contratos ofrecidos a sus clientes, y que como se ha señalado, puede ser extendido al consumidor fiduciario que, en atención a lo dispuesto en el Estatuto del Consumidor, debe llevar a la revisión de los artículos 42, 43 y 44 de este Estatuto; para el caso, el artículo 42 establece qué es cláusula abusiva;

Artículo 42. Concepto y prohibición. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

La ineficacia de pleno de derecho, que se puede configurar en un sentido amplio o estricto, de acuerdo con el efecto de la ineficacia declarada, se establece conforme a como lo indica la norma, a partir de la revisión de la magnitud de las condiciones particulares de la transacción, sin embargo, esta norma menciona de manera taxativa una serie de condiciones en las cuales se reconoce la ineficacia de pleno derecho en el artículo 43, siendo estas las que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;

5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso de que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;
10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.
11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración de este, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;
12. Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.
13. Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.
14. Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.

Retomando sobre la ineficacia, aclara la norma en su artículo 44 que, la declaratoria de nulidad o ineficacia de este tipo de cláusulas no afecta la totalidad del contrato, siempre y cuando este se pueda seguir celebrando sin este tipo de cláusulas. En este sentido, si se declara la ineficacia estricta, se estaría frente a una situación donde no se extingue toda la relación contractual, diferente a la declaratoria en sentido amplio, donde la terminación general del contrato sería el efecto.

Conforme a lo señalado, las cláusulas abusivas se deben evitar en todo tipo de contrato, no solo teniendo en cuenta lo dispuesto en el régimen de protección del consumidor financiero, Ley 1328 de 2009, sino también considerando el contenido del Estatuto del Consumidor respecto de este tipo de cláusulas, máxime teniendo en cuenta, la armonía entre las normas referidas, recogido en unos preceptos básicos que reitera la jurisprudencia al respecto.

Precisamente Sergio Rodríguez (2007), señala sobre las cláusulas abusivas:

La jurisprudencia, la ley y la doctrina han propuesto diversos conceptos de cláusula abusiva. La Corte Suprema de Justicia colombiana ha considerado abusiva la cláusula que: a) No ha sido negociada de manera individual; b) Violenta la buena fe negocial, y c) Genera un desequilibrio relevante en los derechos y obligaciones de las partes del contrato. (...). Son abusivas las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual. (pp. 49-50)

Se reconoce entonces el arquetipo de las cláusulas abusivas como aquellas en las que existe una negociación unilateral o no se reconoce su negociación de manera individual vulnerando la buena fe contractual, ya que entraña un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de una de las partes, en beneficio de su contraparte. Esto solo contemplando que no hay perjuicio de la permisividad jurídica existente, para la celebración de contratos de adhesión o de condiciones generales, como se establece en la jurisprudencia y doctrina institucional de la Superintendencia Financiera a través de Concepto 2015009084-001 del 16 de marzo de 2015⁷ expresa: “ *se prohíbe a tales entidades incorporar cláusulas que prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio del derecho de los consumidores, inviertan la carga de la prueba en perjuicio de estos, incluyan espacios en blanco siempre que su diligenciamiento no esté autorizado, o incurrir en las conductas expresamente señaladas*”.

En la relación entre el negocio fiduciario y las cláusulas abusivas que van en detrimento del consumidor, la Ley 1480 de 2011 en sus artículos 56 y 57, faculta a la

⁷ Ver Concepto 2015009084-001 del 16 de marzo de 2015 Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera para que esta dirima en derecho, con carácter definitivo, y potestades propias de un juez, las controversias generadas entre los consumidores financieros y entidades vigiladas por esta Superintendencia.

Se debe aclarar que, el contrato de adhesión es un mecanismo normativamente autorizado para la generación de acuerdos contractuales, pudiendo este ser aplicado a un número plural de personas, cuando no exista detrimento de sus derechos y obligaciones. Sin embargo, se establece a partir de lo expuesto a lo largo del documento que, existen posibilidades de vulneración de estos derechos, sobre situaciones que son finalmente comentadas a continuación.

4. Cláusulas abusivas en el contrato de fiducia mercantil por adhesión

Como se mencionaba respecto de los contratos de condiciones generales, se debe aclarar que, este tipo de contrato es en sí contrato de adhesión, no obstante, es el consumidor quien decide si se adhiere a este tipo de acuerdo, esto en atención a que las condiciones generales, son estipulaciones abstractas, más procedimentales que de dimensionamiento de la relación contractual (Laguado, 2003), aunque, en el contrato de adhesión, no se desconoce sometimiento similar, pero sobre condiciones contractuales como lo explica la jurisprudencia constitucional en Sentencia T-563 de 2009;

“El contrato de adhesión es aquel en el cual las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre los cuales la otra expresa su aceptación o su rechazo absoluto”.

Sobre esta situación en la que el consumidor se adhiere a unas condiciones predispuestas, el fideicomitente es el que puede estar más expuesto a situaciones arbitrarias, en la medida que es la sociedad fiduciaria la que diseña este condicionado. Es sobre esta desventaja que, Mónica Moreno (2017) identifica las situaciones más reiterativas en las que se puede hacer evidente el sometimiento al fideicomitente a cláusulas abusivas, generando algunas reflexiones al respecto de las necesidades de crear una mejora normativa.

Un primer grupo de cláusulas corresponden a aquellas que eximen de responsabilidad a la fiduciaria, frente a aspectos técnicos en el desarrollo de proyectos, como sucede en la fiducia inmobiliaria. Al respecto, la Superintendencia Financiera, en reconocimiento de esta posición, indico a través de la Circular Básica Externa 039 de 2011, numeral 10.1.1, compilada actualmente en la Circular Externa 018 de 2016 numeral 6.1.4⁸, que esta es una actitud reprochable a la sociedad fiduciaria, toda vez que busca descargar en el consumidor final, una contingencia compleja de manejar, y que depende necesariamente de quienes construyen y financian su desarrollo, en este caso la sociedad fiduciaria.

Se entiende que, por la capacidad de sus recursos y conocimiento del negocio, es más viable que la sociedad fiduciaria tenga mayor claridad sobre la calidad y cumplimiento técnico para el satisfactorio desarrollo del proyecto, que el cliente final, siendo por ello lógico que la fiducia asuma la responsabilidad.

Al respecto, Mónica Moreno (2017) indica que, existen unos deberes por parte de la sociedad fiduciaria, que no deben ser transferidos a un tercero para protegerse, trasladando a este su responsabilidad, o lo que puede ser aún más abusivo, descargar en el adherente esta responsabilidad imponiéndole una serie de cláusulas abusivas; esto sin desconocer que la exclusión de responsabilidad se puede configurar como se mencionó en párrafos anteriores, en el caso del contrato de fiducia inmobiliaria, como quiera que se trata de

⁸ Circular Básica 018 de 2016 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

6. CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS: De acuerdo con lo establecido en el literal e) del art. 7 de la Ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas deben abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o que den lugar a un abuso de posición dominante contractual.

En concordancia con lo anterior, el art. 11 de la citada ley prohíbe expresamente la incorporación de cláusulas o estipulaciones abusivas en los contratos de adhesión que utilicen las entidades vigiladas y el literal e) del mismo art. le otorga a la SFC la facultad de establecer de manera previa y general cláusulas y estipulaciones que han de ser consideradas como abusivas.

A su turno, el art. 12 de la misma ley establece algunas prácticas que se consideran abusivas y en su literal d) le otorga a la SFC la facultad de establecer de manera previa y general otras prácticas que se consideran abusivas por parte de las entidades vigiladas.

En desarrollo de todo lo anterior, atendiendo el mandato legal contenido en la Ley 1328 de 2009 y con el propósito de garantizar una adecuada protección a los consumidores financieros, la SFC señala a continuación algunos ejemplos de cláusulas, estipulaciones y prácticas que se consideran abusivas Artículo

6.1.4. Las que exoneren o atenúen los deberes y responsabilidades propios del objeto social de las entidades vigiladas. (*Negrilla fuera del texto original*)

asuntos inherentes a la actividad de la fiduciaria; que hacen que la misma pueda exonerarse de responsabilidad justificadamente, en ese sentido la autora señala que:

Al respecto, resulta pertinente tener en cuenta cómo, la Corte Suprema de Justicia ha expresado que las cláusulas de exclusión de responsabilidad pueden ser válidas, en la medida en que versen sobre aspectos que genuinamente escapen al control de la entidad (CSJ, SCC, Ex. 5670, 2001). que no es el caso de los deberes del fiduciario, los cuales le conciernen en absoluto. Además, la Corte Constitucional ha insistido en que el carácter abusivo de las cláusulas que trasladan al adherente o a un tercero que no sea parte en el contrato, la responsabilidad del predisponente, contradiciendo las normas imperativas que establecen un régimen legal de responsabilidad (CC, C-H42, 2000). (Moreno, 2017, p. 12)

Como se indicaba, este tipo de cláusulas, se establecen como condición por medio de las cuales, la sociedad fiduciaria busca eximir su responsabilidad, sin embargo, también existen una serie de cláusulas que directamente condicionan o limitan los derechos de los consumidores, en este caso el consumidor financiero, sin que medie “una justificación loable para anular mediante estipulaciones contractuales, las prerrogativas que el ordenamiento le otorgó a quienes considera merecedores de ésta particular protección” (Moreno, 2017, pp. 12-13).

A este grupo pertenecen las cláusulas que establecen un plazo perentorio para la aceptación de las rendiciones de cuentas; cláusulas que establecen la prevalencia de los derechos de los fideicomitentes iniciales o, las cláusulas que imponen el arbitramento como mecanismo único de resolución de conflictos (Moreno, 2017), siendo estas últimas las que generan mayor controversia, dado que son las que de manera más reiterada se encuentran en el negocio fiduciario mercantil.

En el diseño de estos tipos de contratos, se establecen en ocasiones cláusulas compromisorias, las cuales obligan al afectado a asistir a un Tribunal de Arbitramento, siendo como lo califica la Corte Constitucional cláusulas que, al someter a las partes a un arbitramento predeterminado, desconoce la libertad de las partes para solucionar sus diferencias, a la vez que, desestimula el acceso a la administración de justicia (Corte Constitucional, Sentencia C-060, 2001).

"El derecho a acceder a la justicia es fundamental, pues forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, como quiera que no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso. Por consiguiente, los acuerdos entre particulares que restrinjan definitivamente el derecho de acceso a la justicia están proscritos constitucionalmente, ya sea que estos prohíban de manera absoluta acudir a la justicia ordinaria o por medio de la imposición de sanciones o cargas desproporcionadas e irrazonables que imposibilitan el acceso a la jurisdicción. Por tal motivo, carece de licitud todo pacto contra la ley, pues los contratantes no pueden comprometerse a la forzada renuncia del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Siendo ilícito su objeto, no son válidas las cláusulas contractuales que contrarían normas imperativas de la ley y, por supuesto, de la Constitución"

Se comparte entonces, el sentir del Alto Tribunal sobre el contenido de estas cláusulas con claridad abusivas, aun cuándo no se encuentran relacionadas en las circulares de la Superintendencia Financiera, podrían llegar a ser abusivas si van en contra o se llegaran a ver afectados los derechos del consumidor, al ser sometido a comparecer a un tribunal de arbitramento sobre las razones previamente expuestas, sumando a ello, el hecho de reconocer que, ingresar a dirimir conflictos ante un Tribunal de Arbitramento implica unos gastos y a lo mejor, el afectado no cuente con los recursos para costearlo, se podría entonces plantear otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación, transacción o amigable composición y así no se vería afectado o limitando el derecho de acceso a la justicia del consumidor financiero.

Conclusiones

En el marco de la celebración de contratos de fiducia mercantil, se pueden dar, como se ha visto, condiciones contractuales que logran entenderse como cláusulas abusivas, y deben ser consideradas ineficaces de pleno derecho. Esta, es una situación que resulta más recurrente, en los contratos de adhesión como es el caso del contrato de fiducia, que afecta a los fideicomitentes, que son finalmente consumidores financieros.

En este orden de ideas, dando respuesta a la pregunta planteada al inicio del presente documento respecto de *¿En qué situaciones las cláusulas pactadas en un contrato de fiducia mercantil, adquieren el carácter de abusivas y en consecuencia ineficaces a la luz*

del derecho de los consumidores en Colombia? Pues bien, como se mencionaba renglones anteriores, estas cláusulas adquieren el carácter de abusivas una vez se vea afectado el derecho del consumidor financiero, la buena fe, o cuando sea evidente un desequilibrio en el acuerdo de voluntades pactado entre las partes.

La Superintendencia financiera de Colombia, a través de las mencionadas circulares, ha enlistado un sinnúmero de cláusulas abusivas, sin embargo, no se hace mención a cláusulas compromisorias que en algunas situaciones se tornan abusivas, y es allí cuando es menester acudir a las normas creadas por el Estado para proteger al consumidor dándoles el carácter de nulas de pleno derecho. De lo anterior, se resalta la importancia que toman las leyes desarrolladas por el Estado en pro de los derechos del consumidor, como ejemplo de ello se menciona la Ley 1328 de 2009, del régimen de protección al consumidor financiero, y la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se establece el Estatuto del Consumidor, que se reconocen como mecanismos idóneos para regular a las sociedades fiduciarias que llegaren a extralimitarse en sus facultades.

Las dos leyes mencionadas representan grandes avances en la materia por parte del Estado, al igual que la inspección, vigilancia y control que realiza la Superintendencia Financiera, entidad que tiene por objetivo principal la supervisión del sistema financiero Colombiano y ligado a ello busca dar seguridad y confianza a los consumidores e inversionistas, ya que expresa la prohibición de imposición de cláusulas abusivas, al encontrar que, de manera ulterior a la expedición de la norma es posible que aún se presenten situaciones donde se incluyan cláusulas abusivas, como los ejemplos señalados sobre la fiducia mercantil, siendo allí donde se podría llegar a contemplar la posibilidad de implementar una severización respecto de las sanciones, para aquellas sociedades fiduciarias o entidades que siguen reproduciendo este tipo de cláusulas.

Así las cosas, también es válido hacer un llamado a las sociedades fiduciarias, respecto a la ética empresarial que aplican en el diseño de sus operaciones comerciales, ya que la Superintendencia Financiera no se dedica de manera exclusiva a prevenir cláusulas abusivas, pues cuenta adicionalmente con un sin número de tareas asignadas con las cuales busca preservar la estabilidad, seguridad y confianza, así como el fomento, estructura y desarrollo del mercado de valores colombiano y ligado a ello la protección del consumidor.

Referencias

- Aguirre, D. A. (2013). Negocio fiduciario de inversión: único vehículo fiduciario que prevé protección para el fideicomitente y el fideicomisario, como inversionistas del mercado de valores. *Revista de Derecho Privado*, (24), 209-233.
- Arcila, B., & Arias, F. E. (2013). *Guía para desarrollar e invertir en proyectos inmobiliarios bajo la modalidad de fiducia* (Trabajo de grado para optar el título de Especialista en Gerencia de Construcciones). Medellín: Universidad de Medellín.
- Arias, F. (2007). El fiduciario en la legislación mercantil colombiana. *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, (20), 1-3.
- Baena, L. G. (2013). *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barrios, J. P. (2014). La fiducia mercantil como vehículo de integración empresarial. *Revista de Derecho Privado*, (51), 1-23.
- Flórez, G. (2017) *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo: reflexiones desde el moderno derecho privado*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Giraldo, C. (2005). La fiducia en Colombia según la justicia arbitral. *Derecho Privado*, (35), 81-99.
- González, C. A. (2012). Nuevas dogmáticas en el derecho privado entorno al patrimonio autónomo fiduciario: un debate en Colombia. *Verba*, 28, 171-182.
- González, K. J. (2014). Impuesto a la renta en la inversión extranjera a través de la fiducia mercantil. *Revista de Derecho Privado*, (51).
- Gual, J. M. (2015). *Cláusulas de irresponsabilidad: entre asimetría, equilibrio y abusividad*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

- Laguado, C. A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas*, (105), 231-251.
- Melo, L. A., & Ramos, J. E. (2010). Algunos aspectos fiscales y financieros del sistema de salud en Colombia. *Borradores de Economía*, 624. Bogotá: Banco de la República.
- Matallana, E. (2015). *Manual de contratación de la administración pública: reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Moreno, M. (2014). Control de cláusulas abusivas en el contrato de adhesión con el consumidor fiduciario. *Vniversitas Estudiantes*, (11), 331-353.
- Moreno, M. (2017). La evidente contradicción entre la fiducia y el abuso: cláusulas abusivas en el contrato de fiducia. *Revista Jurídica PIELAGUS*, 16, 1-34.
- Monje, D. (2015). El contrato de compraventa consensual: vicisitudes de la fisionomía. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Pinzón, D. F. (2015). La fiducia mercantil como vehículo de propósito especial en Project Finance. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45(123), 547-575.
- Rengifo, E. (2006). *La fiducia mercantil y pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rincón, E., Mendoza, Á., Cangrejo, L. A., Gaitán, J. A., Sánchez, A., Varón, J. C., & Manrique, C. (2005). Actualidad jurídica: Contratos de garantía. El contrato de hipoteca. El aval. Cartas de crédito stand-by y garantías de casa matriz. Contrato de prenda. Fiducia de garantía. *Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 194-276.
- Rodríguez, S. (2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *Revista ICADE: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, (70), 7-55.
- Rodríguez, S. (2007a). La ley francesa sobre fiducia y su relación con la fiducia en Colombia. *Themis: Revista de Derecho*, (54), 49-60.

- Salcedo, R. (2014). Tratamiento tributario de la inversión extranjera de portafolio y de los contratos de fiducia mercantil bajo la Ley 1607 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, (51), 2-23.
- Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14), 317-358.
- Vallejo, G. (2016). La etapa contractual en los negocios de la administración: estudio de las figuras jurídicas reguladas por el Estatuto General de Contratación. En: Cubides, J. (editor). *Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*, (37-64). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Normatividad y jurisprudencia

Constitución Política de Colombia, (1991).

Corte Constitucional Colombiana. (24 de enero de 2001). *Sentencia C-060 de 2001*. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional Colombiana. (6 de agosto de 2009). *Sentencia T-563 de 2009*. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Congreso de la República, (15 de julio de 2009). Ley 1328 de 2009. *Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones*. Diario Oficial: 47.411.

Congreso de la República. (12 de octubre de 2011). Ley 1480 de 2011. *Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial: 48.220.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público (23 de junio de 2010). Decreto 2241 de 2010. *Por el cual se reglamenta el Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial: 47.749.

Presidencia de la República. (27 de marzo de 1971). Decreto 410 de 1971. *Por el cual se expide el Código de Comercio*. Diario Oficial: 33.339.

Presidencia de la República. (15 de julio de 2010). Decreto 2555 de 2010. *Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del Sector Financiero, Asegurador y del Mercado de Valores y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial: 47.771.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2 de marzo de 1996). *Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica)*. Bogotá: Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (30 de junio de 2010). *Circular Externa 015 de 2010*. Bogotá: Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (6 de septiembre de 2011). *Circular Externa 039 de 2011*. Bogotá: Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (3 de octubre de 2014). *Circular Externa 029 de 2014*. Bogotá: Superintendencia Financiera de Colombia.

Superintendencia Financiera de Colombia. (26 de mayo de 2016). *Circular Externa 018 de 2016*. Bogotá: Superintendencia Financiera de Colombia.